

Tradução:  
Kamilla Santos da SILVA<sup>2</sup>  
Michele ZEZZA<sup>3</sup>

Journal Law  
n. 33 p. 523-544  
jul/dez 2020

## ARGUMENTOS PARA UMA TEORIA DOS DIREITOS SOCIAIS

Na hora de desenhar uma teoria dos direitos, em âmbito jurídico, possivelmente é preciso identificar três dimensões essenciais, não excludentes, mas necessárias: o conceito e o fundamento, a história e a teoria jurídica. No primeiro caso, conceito e fundamento, abordamos os problemas básicos da identificação da realidade à qual rotulamos “direitos” e das bases éticas nas quais essa realidade se apoia, bases que contribuem para a sua justificação. Ao analisar a história dos direitos, concentramo-nos nos contextos em que o germe da ideia de direitos foi se forjando e evoluindo, até chegar ao que eles significam hoje em dia. Portanto, a história dos direitos pode ser referida, por um lado, à evolução de sua fundamentação e, por outro, à evolução da sua juridificação (embora, antes de produzir essa juridificação, teríamos que nos referir preferivelmente à pré-história dos direitos<sup>1</sup>). Por último, a dedicação à teoria jurídica se realiza quando concentramos nossos interesses nos traços e nas características distintivas da juridificação (em nossos dias e em nossos sistemas, a referência última seria constituída pela constitucionalização) dos direitos.

Essa tripla perspectiva pode ter – por sua vez – um triplo âmbito de aplicação. Assim, podemos pôr mãos à obra na hora de desenvolver uma teoria dos direitos, uma teoria de um tipo ou de uma categoria de direitos (direitos individuais, direitos civis, direitos de participação, direitos sociais), ou uma teoria de um direito concreto: o direito à vida, à liberdade de expressão, o direito de propriedade ou o direito a um meio ambiente limpo, por exemplo. Como salientei, em ambos os casos, o estudo completo dos direitos ou

Como citar este artigo:  
ROIG Javier, SILVA,  
Kamilla, ZEZZA  
Michele. Argumentos  
para uma teoria  
dos direitos sociais.  
Argumenta Journal  
Law, Jacarezinho – PR,  
Brasil, n. 33, 2020,  
p. 523-544

Data da submissão:  
15/12/2020

Data da aprovação:  
26/12/2020

1. Universidad Carlos III de Madrid - Espanha
2. Universidade Federal de Goiás - Brasil
3. Università di Pisa - Itália

de um direito exige essa tripla abordagem.

Em todo caso, é certo que a abordagem que estou apresentando assume uma determinada compreensão (ou pré-compreensão, se admite-se que a compreensão seria, na realidade, o resultado do aprofundamento nas perspectivas anteriores) dos direitos. De acordo com ela, o conceito de direitos, na sua completa materialização, seria um conceito jurídico. Falar de direitos, em última instância, exige institucionalização jurídica, embora o requisito da juridicidade não constitua uma exigência do conceito no âmbito do discurso moral,<sup>2</sup> no qual também adquire sentido. Por outro lado, o conceito de direito seria um conceito histórico.<sup>3</sup>

As três dimensões às quais aludi no começo deste trabalho estão inter-relacionadas entre si. De fato, não só o conceito de direito é histórico. A historicidade pode predicar-se também do fundamento, no sentido de que a reflexão moral a partir da qual se justificam os direitos foi sendo gerada ao longo da história e está condicionada por ela. Por outro lado, a juridificação dos direitos se produz também de maneira contextualizada, condicionada pelas circunstâncias históricas. Enfim, o “material” juridificado responde a um determinado fundamento. Por outro lado, ainda, a vinculação entre as dimensões conceituais e a teoria jurídica se evidencia desde o momento em que construímos um conceito a partir dos dados proporcionados pela juridicidade (nacional ou internacional) dos direitos.

Se falarmos de direitos sociais, em relação a uma determinada categoria, estamos assumindo que existem outros direitos que não são sociais. Certamente, o adjetivo “social” é um elemento de diferenciação. Com efeito, em determinadas ocasiões, tem-se pretendido construir uma teoria dos direitos sociais baseada em elementos que os diferenciam (neste caso) de outros tipos de direitos, sublinhando-se essas diferenças entre os direitos sociais e outros tipos de direitos e desenvolvendo-se um discurso em que eles nem sempre têm levado vantagem. Assim, a “diferença” ou a “peculiaridade” dos direitos sociais se perceberia se nos situamos em uma perspectiva histórica: aqui nos encontramos com o tema da sucessão das diferentes gerações de direitos. Também poderíamos constatar se estamos no âmbito da fundamentação: neste ponto, percebemos a diferença entre os direitos de liberdade e os direitos de igualdade. Por fim, ao situarmos no âmbito da teoria jurídica, nos deparamos com o discurso referido ao caráter prestacional desses direitos, sua dificuldade para considerá-los au-

tênticos direitos subjetivos, seu caráter custoso, a especificidade de seus mecanismos de garantia e a questão sobre a idoneidade da intervenção judicial na estratégia de defesa, da mesma maneira que também nos encontramos com as divergências entre a regulação nacional e a internacional; são essas divergências que permitiram a Gomes Canotilho referir-se a um dos paradoxos que caracteriza, em alguns casos, a posição estatal a respeito dos direitos sociais: “‘bondade’ fora das fronteiras; ‘maldade’ dentro das fronteiras constitucionais internas”<sup>4</sup>

Bobbio distinguiu entre teoria e ideologia, assinalando que uma teoria, à diferença do que ocorre com uma ideologia, pode ser considerada como verdadeira ou falsa – é “a exposição de uma atividade puramente cognoscitiva do homem frente à realidade, e está formada por um conjunto de juízos de fato que têm como única função informar aos demais sobre esta realidade”. Por outro lado, uma ideologia é “a expressão de uma atitude valorativa que o homem adota frente à realidade e que consiste em um conjunto de juízos sobre ela, que se baseiam no sistema de valores de quem as formula e que tem a pretensão de influenciar sobre tal realidade”.<sup>5</sup> Pois bem, a partir dessa distinção, creio que se pode afirmar que, no caso dos direitos sociais, nos encontramos com uma teoria que às vezes se enfrenta com uma imagem determinada dos direitos, resultado de uma interpretação ideológica de algumas de suas dimensões. Nino se referiu a essa ideologia fazendo alusão a um “liberalismo conservador” que se baseia em três confusões.<sup>6</sup> Em primeiro lugar, a ideia de que “a ordem do mercado é uma ordem espontânea”; em segundo lugar, a ideia de que “a autonomia pessoal está constituída por condições negativas, como a não interferência de terceiros, que também não requer bens e recursos que devam ser fornecidos tanto por abstenções como pela conduta ativa de terceiros, pela possibilidade de escolher e fazer planos de vida”; e, em terceiro lugar, a confusão entre as condições normativas e as condições materiais de liberdade, segundo a qual “as liberdades que são realizadas como normas têm prioridade sobre as liberdades que estão associadas com as condições do exercício efetivo das primeiras”. A partir disso, assistimos, ocasionalmente, ao desenvolvimento de uma ideia de direitos sociais que, muitas vezes no contexto de um discurso temeroso sobre o Estado social,<sup>7</sup> enfatiza, entre outras coisas, a posterioridade histórica dos direitos sociais em relação a outro tipo de direitos, os diferentes referentes morais que

formam a base de sua fundamentação, a relevância ou a transcendência das dimensões econômicas ou orçamentárias sem as quais não se pode entender seu funcionamento e sua efetividade, as peculiaridades de sua configuração jurídica, dentre as quais destacam-se seu caráter prestacional e as consequências dele decorrentes ou os aspectos relacionados com a sua titularidade ou com as características das obrigações ou deveres que os direitos sociais implicam.

Dessa maneira, a verdade é que não é incomum encontrarmos propostas em relação aos direitos sociais segundo as quais estes seriam direitos secundários, desvalorizados, frágeis, de segunda categoria (ou geração), de papel, e tudo isso por razões históricas, morais, econômicas ou jurídicas. Proponho-me a destacar que de fato é possível desmontar (eliminar) algumas peças básicas desse discurso, de modo que pelo menos se amenize como consequência de suas inconsistências. Em todo caso, o que vamos descobrir é que, por trás dessas “razões” históricas, morais, econômicas, jurídicas, existem – definitivamente – abordagens políticas (no sentido ideológico). Na realidade, esta não é uma peculiaridade de um discurso específico em relação aos direitos sociais. Pelo contrário, essas abordagens ideológicas aparecem de maneira inevitável em qualquer discurso sobre os direitos que pretenda transcender a mera análise linguística dos enunciados normativos. As abordagens ideológicas inter-vêm nas diferentes posições a respeito de determinados direitos. Isso me parece lógico desde o momento em que o discurso dos direitos implica uma determinada concepção dos seres humanos como indivíduos, certa compreensão das relações intersubjetivas e, além disso, condiciona um determinado modelo de organização social, questões em relação às quais as abordagens ideológicas não podem suspender o juízo. Em última análise, o que pretendo pôr em relevo é que, da mesma maneira que não é neutra a abordagem que tende à potencialização e ao aprofundamento de determinados direitos no marco do Estado social, tampouco é asséptico e desinteressado aquele outro que, sublinhando determinados perfis dos direitos sociais, elabora um discurso que os relega em relação aos outros.

Não é minha intenção propor uma teoria completa dos direitos sociais, que aborde, portanto, suas dimensões históricas, morais, conceituais e jurídicas.<sup>8</sup> Pelo contrário, pretendo identificar alguns aspectos nucleares que necessariamente devem ser abordados por essa teoria. Não pretendo

elaborar uma teoria compreensiva dos direitos sociais, apenas vou abordar determinadas questões a meu ver imprescindíveis, que, por uma parte, de uma ou outra maneira devem ser tratadas por uma teoria dos direitos sociais e, por outra, constituem elementos-chave na construção de uma teoria “desvalorizada” dos direitos sociais e que, portanto, mereceriam algum tipo de resposta. Vou identificar essas questões da seguinte maneira: o problema cronológico, o problema estrutural e o problema econômico.

Sou plenamente consciente que deixo no tinteiro alguns aspectos relevantes. Pensemos, por exemplo, que poderíamos considerar o problema moral. É neste ponto que devemos abordar os problemas de fundamentação dos direitos. Tradicionalmente, os direitos se direcionaram, na hora de identificar sua base moral, a determinados valores como a liberdade e a igualdade. Além de não ser problemático, é necessário, pois a fundamentação dos direitos não tem outras referências morais últimas que não a dignidade, a liberdade e a igualdade. As dificuldades aparecem quando essa direção a determinados valores exclui a concorrência com outros valores. Na realidade, estou criticando a contundente distinção entre direitos de liberdade e direitos de igualdade. Creio que, se falamos de fundamentação dos direitos, a liberdade e a igualdade são necessariamente complementares. Qualquer discurso que exclua alguma delas é inconsistente na hora de colaborar com a conquista de autonomia moral do indivíduo, sempre que não admitir que existam indivíduos que têm mais direito de alcançar sua autonomia moral do que outros. Não obstante, não vou me deter neste tipo de problemas,<sup>9</sup> uma vez que minha intenção é refletir sobre algumas questões que condicionam o desenvolvimento de uma teoria jurídica dos direitos sociais, que parte, portanto, da positivação de determinadas exigências de moralidade.

Outro tema que não abordo, por exemplo, é o que se refere à questão da internacionalização dos direitos sociais e à insuficiência dos atuais cenários estatais.<sup>10</sup> Com efeito, o discurso cosmopolita deve afetar também os direitos sociais e não se centrar somente nos direitos individuais e talvez nos direitos políticos. A não ser que se admita a opção do que poderíamos considerar um cosmopolitismo incompleto em relação aos direitos, o discurso crítico em relação aos conceitos como o de cidadania ou de soberania também deve expandir suas consequências em relação aos direitos sociais.<sup>11</sup> A vocação cosmopolita do constitucionalismo deve

integrar também dimensões do constitucionalismo<sup>12</sup> social a que se referiu Ferrajoli, e não se deve esquecer que uma distribuição mais justa de recursos no âmbito internacional pode ser uma estratégia útil na hora de superar condicionantes específicos (materiais, econômicos) que impedem a satisfação desses direitos de maneira geral.

Mas, antes de continuar, convém prevenir em relação ao problema do discurso sobre os direitos sociais. Essa problematicidade, na realidade, é o reflexo do equívoco da própria ideia de direitos sociais.<sup>13</sup> Talvez devêssemos considerar em que medida essa problematicidade não é o resultado da falta de método e de critério por parte dos juristas quando nos aproximamos deles.<sup>14</sup> Somente uma teoria correta e coerentemente elaborada pode contribuir para a clareza.<sup>15</sup> A força e a clareza de uma teoria dos direitos sociais são necessárias, também, porque o modo como aborda conceitual e juridicamente os direitos sociais vai condicionar de maneira importante o destino do constitucionalismo. Luigi Ferrajoli se referiu ao constitucionalismo social como uma das três linhas de desenvolvimento, junto ao constitucionalismo de direito privado e ao constitucionalismo internacional,<sup>16</sup> por meio dos quais deve-se desenvolver o Estado constitucional (desafios da democracia social); três linhas de desenvolvimento que complementariam o constitucionalismo liberal, o constitucionalismo de direito público e o constitucionalismo estatal, respectivamente. O constitucionalismo social implicaria um aprofundamento nas dimensões limitantes às quais o poder é submetido, em relação às exigências dos direitos sociais.<sup>17</sup>

## O PROBLEMA CRONOLÓGICO

O discurso sobre as gerações dos direitos faz parte do discurso cotidiano em relação aos direitos.<sup>18</sup> Assim, os direitos iriam aparecendo no cenário histórico em ondas sucessivas, bem diferenciadas, de forma que poderíamos identificar diversas gerações ou grupos que se agrupariam não só no momento do surgimento, mas também em torno de alguns traços ou características compartilhadas. Deste ponto de vista, a geração dos direitos sociais constituiria uma geração sucessiva à dos direitos civis e políticos.<sup>19</sup> É certo que a alusão às gerações pode apresentar virtualidades explicativas e expositivas, mas também é inegável que apresentasse problemas na hora de operar como único critério de análise da evolução

histórica dos direitos, já que, em muitas ocasiões, se assume como instrumento metodológico a partir do qual se estabelecem diferenças claras e explícitas entre tipos ou categorias de direitos. Na minha opinião, a alusão às gerações de direitos serviria, nesse caso, como uma ferramenta na hora de explicar as condições, os traços e as circunstâncias da evolução histórica dos direitos. Assim, poder-se-ia aludir às gerações como um guia de leitura e interpretação desse curso histórico. Não obstante, no momento em que tentamos caracterizar de maneira completa e excludente os direitos que pertencem a alguma das gerações, nos encontramos com sérios problemas na hora de estabelecer nítidas distinções geracionais. Por exemplo, e isto é relevante para o tema que nos ocupa, as exigências de não intervenção, de um lado, e as dimensões prestacionais, de outro, não podem ser acrescentadas exclusivamente a nenhuma geração de direitos. Tal diferença só serviria, talvez, para diferenciar direitos que exigem abstenções a respeito dos direitos que exigem prestações, mas essa distinção não se relaciona de maneira direta e pacífica com uma distinção geracional.

Como consequência disto, a concepção geracional dos direitos tem sido considerada como problemática, tanto que constituiria um clichê ou um molde que, carregado de implicações teóricas e práticas, condicionaria (e deformaria) o sentido dos direitos. Como Eduardo Rabossi afirmou, o clichê se identificaria com a afirmação segundo a qual existem três gerações de direitos, que surgem de maneira sucessiva na história: a primeira, referida aos direitos civis e políticos, se prolonga ao longo dos séculos XVIII e XIX; a segunda, referida aos direitos sociais, evidencia seu desenvolvimento durante o século XX; desde finais do século XX assistimos, por último, ao desenvolvimento da terceira geração de direitos, vinculados ao valor de solidariedade.<sup>20</sup>

Pois bem, qual seria a crítica dessa proposta geracional? Rabossi sintetiza os elementos problemáticos da seguinte forma. Além dos problemas que implicam uma transposição a nosso tema do conceito da ideia de geração, a partir do momento que pode implicar que uma geração sucede à outra, o que não é certo em relação às gerações de direitos, que confluem e se solapam, a análise da evolução histórica dos direitos nos demonstra que a tese, explícita na teoria das gerações, de acordo com a qual um tipo de direitos, os civis e políticos, tem uma precedência histórica indubitável

a respeito dos direitos sociais contrasta com a realidade. Gregorio Peces-Barba mostrou que os direitos sociais fundam suas raízes em um contexto que, em muitas ocasiões, coincide com as primeiras fundamentações dos direitos individuais.<sup>21</sup> Por outro lado, como o próprio Rabossi recorda, se pensarmos nos primeiros textos de direitos ao final do século XVIII na França, que se gestam no marco do processo revolucionário, nós perceberemos que ali existem formulações que hoje sem dúvida incluiríamos em um discurso de direitos sociais e que estão vinculados a estratégias prestacionais. Pensemos na Declaração dos Direitos de 1793, em particular em seus artigos 21 e 22. No artigo 21 se afirma: “A assistência pública é uma dívida sagrada. A sociedade deve assegurar a subsistência dos cidadãos desamparados, seja proporcionando-lhes trabalho, seja garantindo meios de existência aos que estão incapacitados de trabalhar”; por sua vez, o art. 22 estabelece: “A instrução é uma necessidade de todos. A sociedade deve favorecer com todo seu poder os progressos da razão pública e colocar a instrução ao alcance de todos os cidadãos”. Outra referência útil é a da Constituição francesa de 1848. Quando em muitos países europeus um direito político (portanto, de primeira geração), como o sufrágio, não estava garantido de maneira universal, o texto francês inclui em seu preâmbulo a seguinte afirmação:

VIII. A República deve proteger o cidadão em sua pessoa, sua família, sua religião, sua propriedade e trabalho, e colocar ao alcance de cada um a instrução indispensável a todos os homens; deve, para uma assistência fraterna, assegurar a existência dos cidadãos necessitados, seja procurando trabalho no limite de suas possibilidades, seja concedendo, em defesa da família, assistência aos que não estão em situação de trabalho.

E no art. 13 do mesmo texto se estabelecia:

A Constituição garante aos cidadãos a liberdade de trabalho e indústria. A sociedade favorece e fomenta o desenvolvimento do trabalho pelo ensino primário gratuito, a educação profissional, a igualdade de relações entre o patrão e o trabalhador, as instituições de previsão e de crédito, as instituições agrícolas, as associações voluntárias, e o estabelecimento pelo Estado, os estados e municípios, de obras públicas adequadas para empregar braços desocupados, proporcionar assistência a crianças abandonadas, aos doentes e idosos sem



meios econômicos e que suas famílias não podem socorrer.

Assim, o surgimento de distintos tipos de direitos não é linear e sucessivo; é o resultado de processos históricos complexos.<sup>22</sup>

Portanto, se a sucessão geracional de direitos não serve para explicar de maneira correta a evolução dos direitos, podemos apresentar onde residem suas virtualidades. Seu efeito “mais daninho”, nos termos de Rabossi, é o que acarreta de maneira implícita, ou não tanto, uma justificação em relação à prioridade, não somente temporal, mas o que é mais importante, estrutural, moral e política de alguns direitos em relação a outros. Estrutural porque assume que os direitos de primeira geração se identificam com direitos de autonomia, enquanto os de segunda geração seriam direitos prestacionais. Veremos posteriormente que, na realidade, essa atribuição é problemática. Mas possivelmente o mais relevante é que, da afirmação da prioridade temporal, se deriva uma determinada justificação moral e política. Quer dizer, se estabelece que os primeiros, os civis e políticos, são mais importantes. Na realidade, se está assumindo a ideia de que, se foram os primeiros que se positivaram, isto decorre de sua superior relevância moral e política: era urgente reconhecê-los e garanti-los e, para depois, deixar-se-ia o relativo a outro tipo de direitos, não tão relevantes, importantes ou urgentes.\_

Pois bem, vamos admitir – inclusive – o relativo à prioridade cronológica de alguns direitos em relação a outros. A verdade é que, mesmo nesse caso, nenhuma consequência necessária poderia derivar dessa prioridade em relação à prioridade moral. Estamos diante de uma diferença que seria irrelevante do ponto de vista moral.<sup>23</sup> Na realidade, estamos em face de um raciocínio que incorre de maneira evidente em uma falácia naturalista, com os problemas que são derivados de sua aceitação: da constatação de uma circunstância histórica e, portanto, fática (alguns direitos se reivindicaram e legalizaram antes, outros depois), se extraem consequências normativas (alguns direitos são mais importantes moralmente falando, outros são menos); a prioridade histórica desemboca na prioridade moral.

Podemos acrescentar algumas reflexões adicionais em relação a esta questão. Por um lado, afirmar a grande relevância de determinados direitos devido ao fato de que sua aparição histórica é anterior à de outros implica uma compreensão da história dos direitos humanos excessivamente

ordenada e estruturada. Na realidade, as chaves que nos permitem entender como é que alguns direitos são reconhecidos antes do que outros não respondem a uma razão de prioridade ou urgência moral. A história dos direitos é a das doutrinas, das reivindicações, das revoluções, das guerras, das crises, das conquistas morais; definitivamente, das oportunidades históricas que possibilitaram determinados avanços em alguns momentos e não em outros, em alguns lugares e não em outros. Assim, a concepção da história dos direitos como uma sucessão de gerações ou de categorias deles

tende a apagar ou a relegar a um segundo plano a multiplicidade de vias, escalas e sujeitos ligados à exigibilidade dos direitos sociais [...] [O resultado seria] uma história excessivamente formalista dos direitos que não explica nem os seus descumprimentos, nem os seus cumprimentos excludentes ou discriminatórios, nem os seus retrocessos. Pelo contrário, o que demonstram as diferentes “histórias” dos direitos sociais é que estes, longe de serem o produto de uma evolução harmônica e inevitável, foram o resultado de conflitos, às vezes encarniçados, pela abolição de privilégios e pela transferência de poder e recursos de alguns setores sociais a outros.<sup>24</sup>

Por outro lado, poderíamos abordar a questão da prioridade lógica de alguns direitos sobre outros. Mas neste caso seria possível falar da prioridade lógica dos direitos sociais. Com efeito, as necessidades que tendem a ser satisfeitas pelos direitos sociais são aquelas sem as quais é difícil imaginar o desenvolvimento integral dos indivíduos: alimentação, abrigo e refúgio (habitação), saúde... A afirmação da prioridade lógica dos direitos sociais suporia afirmar que “somente quando tivermos atendidas essas necessidades estaremos em condições de exercitar nossas liberdades”.<sup>25</sup> Além disso, uma vez que estão desenvolvendo o argumento que destaca a prioridade lógica dos direitos sociais, a outra prioridade (a temporal e as consequências que dela se pretendessem extrair) seria acessória ou perderia importância.

## O PROBLEMA ESTRUTURAL

Quando a teoria dos direitos sociais aborda as dimensões jurídicas deles deve enfrentar, entre outras coisas, a questão da diferenciação desses

direitos em relação aos outros, diferenciação que se pretende encontrar, por exemplo, na estrutura dos direitos, nas garantias, nos problemas de titularidade, ou no diferente significado da ação do juiz e do legislador em sua implementação.

Em todo caso, aquilo com que nos encontramos é uma comparação entre tipos de direitos. De um lado – afirma-se –, estão os direitos “clássicos”, individuais e políticos. Em termos gerais, e sem nenhum desejo de exaustividade, poderíamos assinalar que esses direitos se caracterizam por sua universalidade, por sua inegociabilidade, por sua eficácia imediata, por sua justiciabilidade, pelas obrigações que geram, pelo grau de institucionalização que exigem. Diante desses direitos, os direitos sociais não seriam universais, seriam relativos e negociáveis, careceriam de eficácia imediata, não seriam diretamente judiciáveis, gerariam obrigações de diferentes tipos, exigiriam um grau de institucionalização maior que os “clássicos”.<sup>26</sup>

Portanto, temos diante de nós um panorama no qual percebemos um esforço para distinguir e diferenciar tipos de direitos. Nesse ponto, caberia chamar a atenção em relação a determinadas questões. Em primeiro lugar, lembremos que é possível questionar a legitimidade das classificações de direitos, desde o momento em que partem de um discurso abstrato,<sup>27</sup> que em muitas ocasiões contrasta de forma profunda com a realidade. As classificações de direitos implicam a existência de modelos aos quais não necessariamente se ajustam os direitos em sua efetiva configuração jurídica. Isso é o que permite afirmar, em segundo lugar, que as características baseadas em direitos tradicionalmente levadas ao pé da letra (caráter absoluto, universalidade, invariabilidade...), na realidade, não seriam predicáveis, nem mesmo, de todos os direitos individuais; e, se esses elementos se interpretam em sentido fraco, na realidade seriam aplicáveis a todos os direitos e, portanto, veriam diminuída sua capacidade identificativa de alguns direitos e diferenciadora em relação a outros.<sup>28</sup>

Interessa-me insistir, nesta ocasião, na consideração dos direitos sociais como direitos prestacionais, sobretudo porque gostaria de destacar algumas das consequências que derivam dessa caracterização. A consideração dos direitos sociais como direitos prestacionais é interessante porque dela derivam consequências que merecem nossa atenção mediante análise crítica. Frequentemente se afirma que os direitos sociais se dis-

tinguem do restante dos direitos porque são direitos de prestação, quer dizer, porque a obrigação que acarretam consiste em uma ação positiva por parte dos poderes públicos, sem cujo concurso não poderia desenvolver uma satisfação generalizada desses direitos. Evidentemente, neste momento se apresenta a questão de saber se a caracterização, que, sem dúvida, constitui um lugar-comum, merece algum tipo de análise crítica. Em que sentido?

Creio que essa caracterização merece ser repensada por dois motivos: em primeiro lugar, porque possivelmente não reproduz de maneira correta a realidade e, em segundo lugar, porque deles derivam – às vezes – consequências não necessariamente aceitáveis.

Quando se trata de classificação de direitos, é usual lidar com algumas. Por exemplo, aquela que diferencia, de uma parte, direitos civis e políticos e, de outra, direitos sociais. Outra classificação é aquela que diferencia os direitos individuais e os direitos de prestação. Acredito que as duas classificações respondem a explicações ou critérios diferentes. Destacar isso é importante, a partir do momento em que sabemos que a aceitabilidade de uma classificação depende dos critérios que são assumidos no momento de realizá-la.

Com relação à primeira classificação, os direitos civis e políticos seriam aqueles vinculados à afirmação do valor do indivíduo como tal e como protagonista das decisões coletivas. De forma certamente esquemática, podemos reconhecer que esses direitos, se não de maneira exclusiva, se juridificam nos primeiros textos que aparecem progressivamente a partir do final do século XVIII e respondem ao ânimo do liberalismo; embora é preciso estar consciente de que é exatamente em relação com alguns desses direitos que o liberalismo evidencia suas inconsistências internas derivadas do contraste entre as afirmações teóricas e a proposta de articulação do sistema jurídico-político. Estou pensando na insuficiência da concepção liberal em relação aos direitos políticos, como consequência da afirmação do sufrágio censitário e das restrições do direito de participação (que contradizem claramente a afirmação do art. 2 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, de acordo com a qual “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”). Os direitos sociais – por sua parte – têm atrás de si a consciência em relação à necessidade de satisfazer as exigências das necessidades básicas dos indivíduos.

Seu objeto vem determinado pela situação dos indivíduos em sociedade em relação aos meios materiais de vida com os meios de subsistência. Têm por trás o sopro das ideologias socialistas que se desenvolvem de maneira progressiva a partir do século XIX. Sua implementação se acomoda nas estruturas do Estado social que culminará no Estado de bem-estar do século XX.

A segunda classificação, aquela que diferencia entre direitos individuais e direitos de prestação, supõe uma compreensão dos primeiros como direitos que exigem um âmbito de autonomia, de livre exercício, à disposição do indivíduo. A satisfação desses direitos exige uma abstenção de intervenção nesse âmbito de autonomia. Os direitos de prestação seriam aqueles que exigem colocar em marcha técnicas ou políticas ativas destinadas a assegurar aos indivíduos a satisfação de necessidades básicas que, por si sós, com seus próprios meios, são incapazes de satisfazer. A satisfação dessas necessidades é considerada relevante a partir do momento em que é essencial para a obtenção da autonomia moral. Por outro lado, a ativação de dimensões de intervenção não deve ser entendida como uma restrição da liberdade e sim como uma garantia de que o acesso a determinados bens ou a satisfação de determinadas necessidades não é o contrário de um direito, isto é, um privilégio (o que aconteceria se apenas alguns e não todos tivessem assegurado o acesso a esses bens ou a satisfação dessas necessidades).

Até aqui, nenhum problema. Acredito que os problemas começam quando se pretende estabelecer uma vinculação, mais ou menos implícita, entre ambas as classificações, de maneira que se entende que os direitos civis e políticos são direitos individuais, por um lado, e os direitos sociais são direitos de prestação, de outro. Como havia adiantado, creio que essa vinculação, em primeiro lugar, pode ser desmentida pela realidade; e, em segundo lugar, está na origem da consideração de que os direitos sociais são, exclusivamente, direitos caros (consideração de que, por sua vez, como veremos, se fazem derivar certas consequências).

Afirmar que a característica dos direitos civis e políticos, entre outras coisas, é que são direitos individuais implica uma visão tendenciosa acerca deles. A configuração jurídica dessa categoria nos oferece dados contrários. A efetividade do direito à vida não só exige a ausência de agressões; exige colocar em marcha dimensões prestacionais que articulam-se

com um sistema de seguridade pública e com a articulação de corpos e forças de seguridade. Outro exemplo útil é o dos direitos de participação, que implicam uma estrutura institucional muito relevante, a qual se põe em marcha cada vez que se convocam eleições políticas. Pensemos em outro exemplo. Imaginemos que em algum de nossos países, em alguma ocasião, se chegará a reconhecer o direito de um indivíduo a que sua decisão sobre o fim de sua vida fosse atendida em determinadas circunstâncias (eutanásia direta ativa voluntária). Possivelmente, é difícil imaginar uma mais profunda e evidente manifestação da autonomia, de um âmbito de livre decisão reconhecido ao sujeito; mas esse direito exigiria uma necessária intervenção por parte de terceiros,<sup>29</sup> uma série de prestações por parte dos poderes públicos.

Tampouco os direitos sociais são direitos de prestação em todos os casos: a liberdade de sindicalização, o direito de greve são bons exemplos disto. Sua satisfação exige o reconhecimento a favor do titular de um âmbito de livre decisão, de não interferência. Na realidade, muitos direitos implicam ao mesmo tempo dimensões abstencionistas e prestacionais. O direito à saúde e o direito à educação podem ser bons exemplos a esse respeito. O direito à saúde não implica somente o respeito a determinadas condições vitais (eliminando agressões), mas também a organização de um sistema público de saúde que, do ponto de vista assistencial, assegure sua satisfação. O direito à educação, por sua parte, não somente implica o reconhecimento da liberdade na hora de escolher a educação e a formação que se prefira, de acordo com as concepções pessoais, mas também a articulação de um sistema público de educação. A articulação efetiva de muitos direitos seria o resultado da imbricação de dimensões negativas e positivas, de acordo com o esquema clássico,<sup>30</sup> o qual não impede de reconhecer a maior importância simbólica das obrigações positivas por parte do Estado na hora de identificar os direitos sociais.<sup>31</sup>

Na realidade, a distinção entre direitos individuais e direitos de prestação não é, portanto, tão categórica. Não vou aprofundar aqui no argumento de acordo com o qual, certamente, todos os direitos seriam direitos de prestação, desde o momento em que todos eles exigem ao menos um reconhecimento, em forma de constitucionalização e desenvolvimento legislativo, por parte do poder público (neste caso o legislativo). Isso pode ser certo – a ação legislativa também é uma ação dos poderes públicos

–, mas possivelmente estamos ampliando talvez excessivamente a compreensão comum da ideia de prestação,<sup>32</sup> o que pode construir um argumento a partir do qual defender o desaparecimento da distinção entre direitos individuais, civis e políticos, de um lado, e econômico, sociais e culturais, de outro.<sup>33</sup>

O problema da confusão reside, na minha opinião, na mistura de tipos de direitos que na realidade obedecem a critérios de identificação diferentes. A distinção entre direitos civis e políticos, de um lado, e direitos sociais, de outro, não é paralela àquela outra entre direitos de abstenção e direitos de prestação. No primeiro caso, estaríamos assumindo como critério relevante o bem protegido ou o valor do direito em relação a uma determinada interpretação das reivindicações do indivíduo e de sua posição na sociedade. Em segundo lugar, atenderíamos às técnicas, às estratégias mediante as quais pretendemos satisfazer os direitos: as técnicas de proteção não dependem do tipo de direito, mas da natureza dos bens protegidos.<sup>34</sup>

### O PROBLEMA ECONÔMICO

A identificação irrestrita dos direitos sociais como direitos de prestação me parece problemática também pelas consequências que se procura derivar dela. Sabe-se que essa tradicional distinção entre as liberdades negativas e os direitos prestacionais propõem três afirmações: a da prioridade histórica das primeiras, a de sua precedência lógica, e a do caráter custoso dos segundos. As duas primeiras questões já foram abordadas ao longo destas páginas. Agora eu gostaria de me referir, finalmente, à terceira.

Certamente, todos os direitos implicam obrigações dirigidas aos poderes públicos. Estas podem consistir na obrigação de respeito, de promoção e satisfação ou de proteção.<sup>35</sup> Como havia assinalado, a identificação exclusiva dos direitos sociais como direitos prestacionais me parece problemática pelas consequências que dela se derivam. E, com efeito, a estratégia consiste, a partir dessa identificação, em diferenciar entre direitos baratos e direitos caros. De maneira que haveria direitos baratos, que seriam os direitos de autonomia, as liberdades negativas: exigem abstenções que não implicam nenhuma decisão econômica ou orçamentária. E haveria direitos caros, os direitos sociais entendidos como direitos ou

liberdades positivas que, desde o momento em que apresentam uma exclusiva dimensão prestacional, não somente implicam decisões de transcendência econômica, mas também (e precisamente pelo anterior) estão submetidos ao que se denominou “a reserva do possível”, a saber, gradualidade entendida como a dimensão lógica necessária da concretização dos direitos sociais, considerando, sobretudo, os limites financeiros.<sup>36</sup>

Stephen Holmes e Cass Sunstein têm tentado demonstrar a distinção em que se apoia o discurso diferenciador entre direitos baratos e direitos caros, quer dizer, a distinção entre direitos (ou liberdades) negativos e direitos (ou liberdades) positivos, argumentando que, na realidade, todos os direitos são positivos. Embora se trate – destacam – de uma distinção enraizada na argumentação dos cidadãos e também dos juristas, seguramente é mais confusa do que pensamos; e, na realidade, é uma tradução ao âmbito dos direitos do contraste entre a ideia de um governo pequeno e um governo forte e poderoso. A tese de Holmes e Sunstein seria que, desde o momento em que os direitos exigem mecanismos de proteção, todos os direitos são positivos, já que todos eles, em uma ou outra medida, exigem respostas afirmativas e não meramente negativas por parte do governo.<sup>37</sup>

Acredito que a distinção radical entre direitos caros e direitos baratos pode ser criticada, pelo menos, a partir de dois pontos de vista. Em primeiro lugar, contrasta com a realidade. Poderíamos, inclusive, admitir que existem direitos mais caros que outros, mas o que parece difícil admitir é que existem direitos baratos. Certamente, todos os direitos são caros, desde o momento em que se levam a sério os direitos, assumi-los em seu valor moral, em sua transcendência política e em sua operatividade jurídica implica um tecido institucional e organizacional sem o qual os direitos (sejam liberdades negativas ou direitos de prestação) permanecem em proclamações retóricas. Como destacou Ferrajoli, a democracia constitucional é custosa.<sup>38</sup> Estamos, definitivamente, diante de uma consideração simplista dos direitos sociais quando se entende que geram exclusivamente obrigações positivas.<sup>39</sup> Em segundo lugar, a distinção entre direitos baratos e direitos caros instrumentaliza política e interessadamente com base naquelas posições mais propensas a priorizar aqueles sobre estes. É Robert Alexy que se referiu à “exclusividade política” dos direitos a prestações.<sup>40</sup> O caráter oneroso de alguns direitos seria um ar-



gumento, na verdade uma desculpa, na hora de redirecionar esforços e objetivos orçamentários e, por conseguinte, na hora de criar condições reais de efetividade de determinados direitos. Na realidade, se está propondo um raciocínio que pretende encontrar justificações normativas (há direitos mais importantes que outros e, portanto, merecem maior atenção) partindo de realidades fáticas (há direitos baratos e direitos caros). O que ocorre é que, como já destacamos, a premissa fática é falsa. Mas suponhamos que não o fosse. Como afirmou Roberto Bin, o raciocínio seria o seguinte: os limites orçamentários não são opostos às liberdades; se as liberdades não estão submetidas às exigências econômicas, que por sua vez condicionam os direitos de prestação, então as liberdades negativas prevalecem sobre os direitos de prestação.<sup>41</sup>

Em *Principia iuris*, Luigi Ferrajoli tinha se referido a essa questão recordando, com razão, que o Estado “não é uma sociedade mercantil com finalidade de lucro”.<sup>42</sup> Assim, o crescimento econômico (que não é mais do que uma dimensão do bem-estar e, portanto, não o esgota) não é o fim básico do Estado, nem um argumento relacionado com a sua legitimidade. Se pensarmos no paradigma contratualista, por exemplo, em Locke, observamos que o fim da instituição da autoridade estatal diz respeito à garantia dos direitos e das liberdades e não ao caráter saudável do equilíbrio entre gastos públicos e receitas. Por outro lado, introduzir o elemento do crescimento econômico em um discurso sobre a legitimidade do poder, e submetê-lo à ponderação com direitos e liberdades, poderia levar a uma conclusão que reconheceria legitimidade ao regime do general Pinochet em sua última etapa ou ao regime do general Franco a partir do desenvolvimento econômico que se viveu na Espanha no final dos anos 1960.

Com isso não quero dizer que na realidade os direitos não tenham relação com a economia e que sua satisfação não esteja de modo algum condicionada por dimensões econômicas. É evidente que está. Essas dimensões econômicas criam contextos de dificuldade e constituem elementos que podem nos permitir priorizar o acesso a prestações sociais daqueles mais desfavorecidos em relação a outros que podem satisfazer as necessidades por seus próprios meios. Não se trata, portanto, de negar a dependência orçamentária das políticas de direitos. Como Holmes y Sunstein destacaram, “nada que custe dinheiro pode ser absoluto”.<sup>43</sup> Com isto se quer dizer que a dependência orçamentária seria uma circunstân-

cia que precisaria ser considerada na hora de enfrentar os problemas de distribuição em contextos de escassez moderada,<sup>44</sup> e não uma desculpa para não satisfazer direitos. Também, se tivermos rejeitado a distinção entre direitos baratos e caros, reconhecemos que todos os direitos custam, a desculpa no seu caso seria oponível no processo de satisfação e garantia de qualquer direito, e não só daqueles considerados a priori custosos.

O sentido do meu argumento, pelo contrário, é de recordar que os argumentos morais estão do lado dos direitos e não do lado do orçamento ou do balanço das contas do Estado. Este deve estar condicionado – sempre no âmbito do possível – pelas exigências daqueles. Esta é uma conclusão a que se poderia chegar também se se reconhecer, como faz Amartya Sen, que os direitos (todos, não somente as liberdades negativas) são fatores de crescimento econômico, autêntico motor do desenvolvimento econômico e social.<sup>45</sup> Em definitivo, a política mais produtiva desse ponto de vista econômico acaba sendo aquela respeitosa aos direitos.

Definitivamente, tentei destacar a necessidade de que uma teoria dos direitos sociais assuma a tarefa de demonstrar que o discurso referido a tais direitos não deveria diferir tanto quanto às vezes se quer alegar em relação ao discurso dos direitos liberais. Certamente, a diferença entre os distintos tipos de direitos pode ser útil na hora de explicar os grandes paradigmas nos quais as diferentes concepções sobre os direitos foram se forjando. Pensemos no que Courtis e Abramovich tinham denominado como o modelo de direito privado clássico e o modelo de direito social, entendidos como “matrizes político-ideológicas diferentes de regulação jurídica”.<sup>46</sup> Mas, além dessa vantagem, a elaboração de uma teoria desvalorizada dos direitos sociais como consequência do aprofundamento nas perspectivas que tentei abordar criticamente nestas linhas pode situar-nos diante da questão de até que ponto é útil seguir falando de direitos sociais. Em efeito, a) as diferenças com outros direitos não são tão relevantes; e b) não obstante, quando se fala de direitos sociais, é, em muitas ocasiões, para evidenciar as suas “carências” em relação aos “autênticos direitos”; então, uma maneira de responder às teorias desvalorizadas dos direitos e levá-los a sério é parar de usar o adjetivo “sociais” e falar simplesmente de direitos fundamentais.

## 'Notas de fim'

1 Essa abordagem é o que se pode observar explícita ou implicitamente em diversas contribuições. Explícitamente, é assumida por Gregorio PECES-BARBA e Eusebio FERNÁNDEZ, em *Introducción*. In: VV. AA., *Historia de los derechos fundamentales* (tomo I: Tránsito a la Modernidad. Siglos XVI y XVII), Madrid: Dykinson-Universidad Carlos III de Madrid, 1998, p. 9. Implicitamente, é o que é compartilhado naquelas “histórias” dos direitos que situam o momento inicial de sua atenção no século XVI. Cf. sobre isso FACCHI, A. *Breve storia dei diritti umani*. Bologna: Il Mulino, 2007; FLORES, M. *Storia dei diritti umani*. Bologna: Il Mulino, 2008. Por outro lado, M. LA TORRE se referiu à vinculação entre o conceito de direito subjetivo e a modernidade em *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*. Milano: Giuffrè, 1996, p. 43-51.

2 Cf. sobre isso NINO, C.S. *Ética y derechos humanos*. Barcelona: Ariel, 1989, p. 11-48; RODRÍGUEZ TOUBES MUNÍZ, J. *La razón de los derechos*. Madrid: Tecnos, 1995, p. 72-81.

3 Não me deterei no desenvolvimento desta ideia, já que foi suficientemente analisada, entre outros, por Norberto BOBBIO (*Letà dei diritti*. Torino: Einaudi, 1990) e Gregorio PECES BARBA (por exemplo, em *Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales*. In: *Escritos sobre derechos fundamentales*. Madrid: Eudema, 1988, p. 227-264).

4 GOMES CANOTILHO, J.J. Metodología “fuzzy” y “camaleones normativos” en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales. *Derechos y Libertades*, n. 6, 1998, p. 41. A partir dessa divergência, “quase poderia dizer-se que, no plano interno, os direitos econômicos, sociais e culturais voltam ao leito universal mais transpositivo dos direitos humanos, abandonando o acolhimento jurídico-positivo, como direitos fundamentais” (1998, p. 41, grifo do autor). De outra perspectiva, Antonio Enrique PÉREZ-LUÑO se referiu ao “paradoxo incontornável de uns direitos cujo status formal é o de normas positivas que satisfazem plenamente os requisitos de validade jurídica dos ordenamentos; mas cujo status deontológico está mais próximo ao dos direitos naturais ou aos dos direitos humanos (enquanto exigências humanas que devem ser satisfeitas) ou ao dos direitos fundamentais, entendidos como categorias jurídico-positivas que estão dotadas de proteção jurisdicional”. *La positividad de los derechos sociales: un enfoque desde la Filosofía del Derecho*. *Derechos y Libertades*, n. 14, 2006, p. 154.

5 BOBBIO, N. *El positivismo jurídico*. Trad. de R. de Asís e A. Greppi. Madrid: Debate, 1993, p. 227.

6 Cf. NINO, C.S. *Los derechos sociales*. In: CARBONELL, M.; CRUZ PARCERO, J.A.; VÁZQUEZ, R. (a cargo de). *Derechos sociales y derechos de las minorías*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 137 e ss.

7 Um discurso que, segundo Gregorio PECES-BARBA, “parte do preconceito de uma tradição que situa o interesse privado como motor da ação humana e que suspeita e rechaça um papel protagonista aos poderes públicos para ajudar com ações positivas a todas as pessoas que não podem alcançar, por si mesmas, os níveis mínimos de humanização, e que frustrariam sem este apoio a sua condição humana”. *Los derechos económicos, sociales y culturales: apuntes para su formación histórica y su concepto*. In: *Derechos sociales y positivismo jurídico*. *Escritos de Filosofía Jurídica y Política*. Madrid: Dykinson, 1999, p. 59.

8 Um bom mapa dos problemas relevantes que se apresentam na construção de uma teoria dos direitos sociais é proposto por PISARELLO, G. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta, 2007. A esse respeito, veja-se também Añón, M.J.; garcía Añón, J. *Lecciones de derechos sociales* (a cargo de). Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002.

9 A esse respeito, pode-se consultar AÑON ROIG, M.J. *Necesidades y derechos: un ensayo de fundamentación*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales,

1994; CONTRERAS PELAEZ, F.J. Los derechos sociales: teoría e ideología. Madrid: Tecnos, 1994.

10 Dentro do marco conceptual elaborado por Robert Alexy, cf. MENÉNDEZ, A.J. Some elements of a theory of European constitutional rights. In: MENÉNDEZ, A.J.; ERIKSEN, E.O. (Ed. by), *Arguing fundamental rights*, Springer, Dordrecht, 2006, p. 155-184.

11 Cf. LA TORRE, M. Cittadinanza e ordine politico. Diritti, crisi della sovranità e sfera pubblica: una prospettiva europea. Torino: Giappichelli, 2004.

12 Tinha me referido a ela em La dimensión expansiva del constitucionalismo. Retos y exigencias. In: VV. AA. *Teoría y metodología del derecho. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, 2008, p. 73-104. v. II.

13 Cf. NINO, C.S., Los derechos sociales. In: CARBONELL, M.; CRUZ PARCERO, J.A.; VÁZQUEZ, R. (a cargo de). *Derechos sociales y derechos de las minorías*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 137.

14 O caráter fuzzy da metodologia dos juristas em relação aos direitos sociais, que “significa basicamente que eles [os juristas] não sabem do que estão falando quando abordam os complexos problemas relativos aos direitos econômicos, sociais e culturais”, foi destacado por GOMES CANOTILHO, J.J. Metodología “fuzzy” y “camaleones normativos” en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales, op. cit., p. 35-49 (a citação encontra-se na p. 37).

15 F.J. CONTRERAS PELAEZ desenvolveu a tese de acordo com a qual a internacionalização dos direitos sociais permitiria salvar os problemas derivados do condicionante econômico dos direitos sociais. In: *Los derechos sociales: teoría e ideología*, op. cit., p. 109 e ss.

16 Cf. FERRAJOLI, L. Derechos fundamentales. In: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Trad. de A. de Cabo e G. Pisarello. Madrid: Trotta, 2001, p. 374 e ss.; La democracia constitucional. In: CARBONELL, M. (a cargo de). *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2008, p. 35-36; Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia. Bari: Laterza, 2007, p. 82-86. (2. Teoria della democrazia).

17 Cf. sobre isso DE ASÍS ROIG, R. Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder. Madrid: Dykinson, 2000, p. 84-86.

18 Cf. para todos PÉREZ LUÑO, A.E. Las generaciones de derechos humanos. In: *La tercera generación de derechos humanos*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2006, p. 25-48.

19 Cf. MARSHALL, T.H. Ciudadanía y clase social. In: MARSHALL, T.H.; BOTTOMORE, T., *Ciudadanía y clase social*. Trad. de P. Linares. Madrid: Alianza, 1998.

20 Cf. RABOSSO, E. Las generaciones de derechos humanos: la teoría y el cliché. In: *Lecciones y ensayo*, n. 69-71, 1997-98, p. 41 e ss.

21 Cf. PECES-BARBA, G. Los derechos económicos, sociales y culturales: apuntes para su formación histórica y su concepto, op. cit., p. 7-66.

22 Sobre o processo de elaboração e o significado do texto de 1848, pode consultar-se GARCÍA MANRIQUE, R. La Constitución francesa de 1848. In: PECES-BARBA, G.; FERNÁNDEZ, E., DE ASÍS, R.; ANSUÁTEGUI ROIG, F.J. (a cargo de). *Historia de los de los derechos fundamentales. Siglo XIX*. Madrid: Dykinson, 2009, p. 1-88. v. III.

23 Cf. GARGARELLA, R. Primeros apuntes para una teoría sobre los derechos sociales. ¿Es posible justificar un tratamiento jurídico diferenciado para los derechos sociales e individuales? *Jueces para la democracia*, n. 31, 1998, p. 11.

24 PISARELLO. Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción, op. cit., p. 36.

- 25 REY PÉREZ, J.L. La naturaleza de los derechos sociales. *Derechos y Libertades*, n. 16, 2007, p. 155.
- 26 Em relação à caracterização dos direitos sociais, cf. para todos PRIETO SAN-CHÍS, L. Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial. In: *Ley, principios, derechos*. Madrid: Dykinson, 1998, p. 69-116.
- 27 Cf. BIN, R. Diritti e fraintendimenti. In: *Ragion Pratica*, 2000, p. 15.
- 28 Cf. RUIZ MIGUEL, A. Derechos liberales y derechos sociales. In: *Doxa*, n. 15-16, 1994, p. 656.
- 29 Entre outras coisas, pela simples razão de que falamos de eutanásia e não de suicídio.
- 30 Robert ALEXY desenvolveu a ideia de direito fundamental como um todo, entendido como um feixe de posições iusfundamentais. Cf. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de E. Garzón Valdés, rev. de R. Zimmerling. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 240-245.
- 31 Cf. ABRAMOVICH, V.; COURTIS, Ch. Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid: Madrid, 2004, p. 25.
- 32 Um exemplo é o da teoria de Robert ALEXY sobre os direitos a ações positivas do Estado (*Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., cap. 9, p. 419 e ss.). Segundo Alexy, os direitos prestacionais (em sentido amplo) poderiam ser divididos em três grupos: direitos à proteção, direitos à organização e ao procedimento e direitos a prestações em sentido estrito, sendo estes últimos “direitos do indivíduo frente ao Estado a algo que – se o indivíduo possuísse meios financeiros suficientes e se encontrasse no mercado uma oferta suficiente – poderia também obtê-lo de particulares”, p. 482.
- 33 Cf. sobre isso HIERRO, L. Los derechos económicos-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy. In: ALEXY, R. *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, p. 222-223.
- 34 Cf. RUIZ Miguel, A. Derechos liberales y derechos sociales, *Doxa*, n. 16-16, 1994, p. 654.
- 35 Cf. sobre isso SHUE, H. Basic rights. Subsistence, affluence and U. S. foreign policy. New Jersey: Princeton University Press; New Princeton University Press, 1980, p. 52-53. Em um sentido similar, VAN HOOFF, G.H.J. The legal nature of economic, social and cultural rights: a rebuttal of some traditional views. In: ALSTON, P.; TOMASEVSKI, K. (Eds.). *The right to food*, Dordrecht, Utrecht, p. 99.
- 36 Cf. GOMES CANOTILHO, J.J., Metodología “fuzzy” y “camaleones normativos” en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales, op. cit., p. 44.
- 37 Cf. HOLMES, S.; SUNSTEIN, C., *The cost of rights. Why liberty depends on taxes*. London; New York: W.W. Norton & Company, 1999, em especial cap. 1: “All rights are positive”, p. 35-58.
- 38 Cf. FERRAJOLI, L. *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, op. cit., p. 67. (2. Teoria della democrazia).
- 39 Cf. ABRAMOVICH, V.; COURTIS, Ch. Los derechos sociales como derechos exigibles, op. cit., p. 32.
- 40 Cf. ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 427.
- 41 Cf. BIN, R. Diritti e fraintendimenti, op. cit.
- 42 FERRAJOLI, L. *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, op. cit., p. 68. (2. Teoria della democrazia).
- 43 HOLMES, S., SUNSTEIN, C. *The cost of rights. Why liberty depends on taxes*, op. cit., p. 97.

44 Cf. LAPORTA, F.J. Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema. In: VV. AA. Constitución y derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p. 306.

45 Cf. sobre isso SEN, A. Desarrollo y libertad. Trad. de L. Toharia e E. Rabasco. Barcelona: Planeta, 2000.

46 Cf. ABRAMOVICH, V.; COURTIS, Ch. Los derechos sociales como derechos exigibles, op. cit., p. 47, 64.